

Impressies

De weerbarstige relatie tussen aannemers en hun opdrachtgevers

Mr. R.G.T. Bleeker

In 1991 kocht ik een Citroën CX, en inmiddels ben ik toe aan mijn vierde, een zwarte Prestige uit het laatste bouwjaar 1989. In die tijd heb ik een groot aantal in Citroëns en zelfs CX-en gespecialiseerde garages versleten, voordat ik mijn huidige garage vond. De reparaties door die eerdere garages van de overigens betrekkelijk geringe mankementen van de CX wekten bij mij regelmatig een niet te onderdrukken achterdocht op ten aanzien van analyse ('de dynamo heeft het opnieuw begeven!') en kosten ('wij moesten helaas de volledige bedrading nalopen').

Een zelfde soort achterdocht maakt zich vaak van aanbesteders meester wanneer zij een prijsaanbieding ontvangen die het gereserveerde budget overschrijdt. Die achterdocht wordt versterkt wanneer die aanbesteder zich realiseert dat de prijzen van alle drie uitgenodigde aannemers dichter bij elkaar liggen dan bij zijn raming, of wanneer (zoals de afgelopen jaren) de marge tussen raming en inschrijvingen met iedere aanbesteding toeneemt. Rechtvaardigingen van de kant van de aannemers dat in voorkomende gevallen het verleggen van bijna alle risico's naar de aannemer een prijs heeft, of dat de gelijktijdige aanbesteding van onder meer Betuwelijn en HSL tot capaciteitstekorten en dus tot hogere prijzen leidt, of (naar aanleiding van de suggestie van onderlinge prijsafstemming) dat de aanbesteder zelf de concurrentie tot drie kandidaten beperkt heeft en heeft uitgenodigd om tezamen voor aanbesteding het bestek te bespreken (tijdens de zogenoemde Inlichtingen), nemen die achterdocht niet weg.

Die achterdocht kenmerkt helaas te vaak de relatie tussen opdrachtgever en aannemer vanaf de aanvang tot het einde van de uitvoering van een werk.

Dit patroon is zo oud als het fenomeen aanneming van werk. Napoleon verbood naar men zegt onder meer om deze reden de gilden en nam ook enkele speciale bepalingen in de Code Civil op (over 'gepretendeerd' meerwerk). Waar de achterdocht van opdrachtgevers mogelijke horizontale prijsafstemming betreft, is het fenomeen natuurlijk niet beperkt tot de bouw: u vertrouwt toch ook de banken en de oliemaatschappijen niet?

In 1986 heeft de Nederlandse overheid zoals bekend getracht greep te krijgen op de destijds gangbare horizontale prijsafspraken door het verschijnsel voorvergaderingen in een AMvB te reguleren. Die poging strandde toen de Europese Commissie dit officiële kartel in 1992 verbood: het EG-Verdrag eist immers concurrentie en alle horizontale prijsafspraken worden verondersteld de werking van competitie als economisch wondermiddel te verminderen.

Passende prijzen

Reeds voordat de heer Bos op de televisie te biecht ging, was de belangstelling van de overheid voor de prijsvorming in de bouw sterk toegenomen. Het gebeurde de laatste jaren steeds vaker dat begrotingen die voor een aanbesteding waren opgesteld, ruimschoots (tot meer dan 50%) werden overschreden. Bij grote werken, die aanbesteed moeten worden volgens Europese richtlijnen, beschikte de overheid nadien nauwelijks over alternatieven, omdat een heraanbesteding van hetzelfde werk volgens die richtlijnen in beginsel niet is toegestaan. Die richtlijnen eisen namelijk objectieve procedures, en beogen te voorkomen dat een aanbesteder net zolang blijft aanbesteden tot de door hem reeds tevoren gewenste kandidaat uit de bus komt. Heraanbesteding is wel toegestaan na geconstateerde prijsafstemming, maar daarvoor ontbraken in deze gevallen bewijzen.

In een aantal gevallen maakte de aanbesteder evenwel toch kenbaar op zoek te gaan naar een goedkopere kandidaat, om vervolgens door de gepasseerde aannemer te worden betrokken in een procedure, waarin de aanbesteder die beslissing moest rechtvaardigen. Die aanbesteder voerde daartoe de uitzonderingsbepaling van de niet-passende aanbieding aan. De bewijslast rust bij een beroep op deze uitzonderingsgevallen krachtens vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen geheel op de aanbesteder. In de procedures die ik heb meegemaakt, toetste de rechter of arbiters (de Raad van

Arbitrage voor de Bouwbedrijven in Nederland) in dat kader onder meer de verschillen tussen onderdelen uit de begrotingen van aanbesteders respectievelijk aannemer. Op vrijwel al die onderdelen waren de uiteenzettingen van de aannemer over de prijsopbouw dan zo veel nauwkeuriger, gemotiveerder en overtuigender, dat toepassing van het beginsel dat heraanbesteding niet is toegestaan, het rechtsgevoel bevredigde (voorzover ik dat kon onderscheiden van mijn tevredenheid over het winnen van die procedures, moet ik daarbij zeggen). Bij die beslissingen zal een rol spelen het aloude probleem dat een rechter niet goed een *iustum praetium* kan bepalen en daarom geneigd zal zijn het marktmechanisme en de prijs die daaruit volgt, te respecteren.

UAR 2001

In het UAR 2001, het aanbestedingsreglement dat voor de rijksoverheid bindend is bij niet-Europese aanbestedingen, heeft de overheid geprobeerd de beoordelingsmaatstaf voor dit soort situaties te veranderen. Dat UAR bevat in artikel 20 een nieuwe onderhandelingsprocedure voor het geval de laagste inschrijving een zorgvuldig opgestelde begroting van de aanbesteder overschrijft. In dat geval dient tussen aanbesteders en gegadigde overleg plaats te vinden. Volgens artikel 24 hoeft de aanbesteder het werk niet te gunnen als het overleg met geen der gegadigden tot resultaat leidt. Naar aanleiding van de hiervoor bedoelde uitspraken heeft de regering daaraan in de toelichting toegevoegd dat dit alles betekent dat afstand wordt genomen van de jurisprudentie van de Raad van Arbitrage en dat de bewijslast wordt omgedraaid: de aannemer moet aantonen dat de begroting deugdelijk was. Uit de tekst van de regeling zelf vloeit die uitleg niet logisch voort, zodat het de vraag is of deze wat onhandige poging succes zal hebben. Het lijkt hoe dan ook effectiever wanneer de overheid zich richt op toezicht op de naleving van het verbod op horizontale prijsafspraken, en verder de werking van de wet van vraag en aanbod respecteert, precies zoals de Europese aanbestedingsrichtlijnen veronderstellen.

Hetzelfde UAR bevat ook een regeling voor de door de aannemers zo vurig gewenste rekenvergoeding. Vlak voor invoering van het UAR (ongeveer gelijk met de wijziging van de toelichting) maakte de regering toepassing van deze reeds overeengekomen rekenvergoeding evenwel facultatief. Daar hebben de aanbesteders inmiddels gretig gebruik van gemaakt, want van de 239 gevallen waarin het UAR vorig jaar is toegepast, is de rekenvergoeding slechts tweemaal toegekend (waarvan één keer per ongeluk, als ik goed ben ingelicht). De aannemers zijn dus aangewezen op het opnemen van deze investeringen in de algemene kosten. Wanneer die calculatie-inspanningen gering zijn, ligt het misschien ook wel voor de hand om die als acquisitiekosten te beschouwen, maar waar die investeringen het karakter krijgen van de opstelling van een ontwerp, waarvoor de aanbesteders normaal gesproken veel geld zou moeten betalen aan een ingenieursbureau, ligt dat anders. Dat onderscheid wordt door aanbesteders in het algemeen niet gerespecteerd. Als bij de opstelling van een *design & construct*-voorstel al een vergoeding wordt toegekend, dan bedraagt die zelden meer dan een kwart van de werkelijke ontwerpkosten. Wat de aannemers met hun verontwaardiging over deze praktijk moeten doen, is natuurlijk een ander verhaal.

Integriteitsbeoordelingen

Een nieuwe ontwikkeling in de verhouding tussen aanbesteders en aannemers is de behoefte van aanbesteders om aannemers tevoren niet alleen te selecteren op omvang en ervaring, maar ook te screenen op integriteit. In de nasleep van de Parlementaire Enquête Bijzondere Opsporingsmethoden heeft de regering een wetsvoorstel gemaakt, gericht op het tegengaan van facilitering door de overheid van de onderwereld. De Wet BIBOB (dat staat voor Bevordering IntegriteitsBeoordelingen Openbaar Bestuur) moet het mogelijk maken om bij afgifte van vergunningen en bij overheidsopdrachten antecedenten te doen onderzoeken (door het 'Bureau BIBOB', dat daarvoor mag putten uit gesloten gegevensbestanden, zoals de politieregisters). Afhankelijk van de daarbij gebleken mate van gevaar dat de beschikking of de opdracht wordt aangewend om strafbare feiten te plegen of met strafbare feiten verdiend geld uit te geven, wordt de beschikking of de opdracht geweigerd, dan wel een vorm van bewaking ingesteld.

Wanneer de regering erin slaagt de twijfels van de Eerste Kamer over de noodzaak van dit systeem weg te nemen, zal dit bijzondere instrument (dat immers bestuurlijke sancties mogelijk maakt, ook wanneer geen sprake is van een voorafgaande veroordeling) binnenkort worden ingevoerd.

Enkele aanbesteders, zoals de gemeente Amsterdam, werken al met vergelijkbare screenings. De tekortkomingen, die daarmee bij aanbestedingen aan de dag treden, hebben hoofdzakelijk een administratief karakter (voor bouwvergunningen, met name in een wijk als de Wallen, geldt dat niet). Aanwijzingen dat het reguliere bouwbedrijfsleven criminele banden heeft, zijn er niet. Die waren overigens ook in het onderzoek van de Commissie-Van Traa niet naar voren gekomen, maar men heeft de bouw toch in deze screenings willen betrekken, omdat deze sector bijvoorbeeld in New York wel onder invloed van de georganiseerde criminaliteit staat, derhalve op grond van een redenering met een gering logisch gehalte.

Audits

In het kader van hun behoefte om aannemers te controleren maken aanbesteders tegenwoordig ook gebruik van auditbepalingen. Die auditbepalingen worden sinds een aantal jaren vooral toegepast in het kader van de zogenoemde kwaliteitsborging. Dat is een werkwijze waardoor de aannemer meer verantwoordelijkheden van de opdrachtgever overneemt en bijvoorbeeld ook tussentijdse keuringen moet verrichten. De opdrachtgever richt zich op het controleren van de schriftelijke vastlegging door de aannemer van hetgeen wordt uitgevoerd en gekeurd (en vertoont tot frustratie van de aannemer steeds minder belangstelling voor wat er buiten gebeurt). Die controle vindt plaats op grond van slecht omschreven bevoegdheden (dat geldt voor de gehele regeling van kwaliteitsborging) tot inzage in 'kwaliteitsrelevante' documenten uit de administratie van de aannemer, die bij een ruime uitleg door de opdrachtgever tot veel conflicten kan leiden. Dergelijke auditbepalingen kennen ook een verdergaande variant in het kader van integriteitsbeoordelingen en staan in dat geval de

opdrachtgever toe om de gehele projectadministratie van de aannemer op het werk te onderzoeken of te doen onderzoeken, bijvoorbeeld door een accountant. De aannemer moet dan door middel van facturen en urenregistraties inzage geven in de werkelijke kosten ten opzichte van de voorcalculatie, zodat de opdrachtgever kan controleren dat uitsluitend aan gescreende onderaannemers en leveranciers wordt betaald.

Beide soorten auditbepalingen getuigen van een toenemende afstand tussen opdrachtgevers en aannemers. Naarmate ook de grote opdrachtgevers meer technische verantwoordelijkheid bij de aannemers laten, vermindert aan opdrachtgeverszijde de deskundigheid en komt men in de situatie waarin ik mij met mijn CX ten opzichte van de garagehouder bevind, met een grotere achterdocht als gevolg. Overigens meen ik nu een zeer betrouwbare garage te hebben, die mij zelfs afraadt de technisch noodzakelijke maar financieel onrendabele revisie te laten uitvoeren. De overheid is echter niet vrij op deze wijze betrouwbare opdrachtnemers te zoeken, laat staan daarmee contractuele relaties van langere duur aan te gaan. Zij moet steeds zo veel mogelijk openbaar aanbesteden en daarbij gunnen aan de goedkoopste, althans economisch meest voordelige kandidaat.

Vraag en aanbod

Een deel van de hiervoor genoemde problemen hangt samen met de regelgeving en met de eigenaardigheden van de bouwmarkt, waarover de Parlementaire Enquêtecommissie uitgebreid zal rapporteren. Die problemen zijn niet contractueel oplosbaar.

Als voorbeeld van die categorie noem ik hier nog de stelling van aannemers dat openbare aanbestedingen tot stelselmatig prijsbederf leiden en daarmee tot aantasting van de economische basis van het bouwbedrijfsleven. Die stelling is al eerder onderzocht (de problemen waarover de Parlementaire Enquêtecommissie zich nu buigt, zijn in de jaren vijftig en zeventig van de vorige eeuw ook reeds door staatscommissies bestudeerd), met verschillend resultaat. Van een onweerlegbaar bewijs van die theorie is in ieder geval geen sprake, maar de stelling blijft in zoverre relevant dat andere (ons omringende, zoals dat heet) landen de mogelijkheid kennen om bij een aanbesteding aan te lage inschrijvingen voorbij te gaan. Die mogelijkheid is ook in de Europese aanbestedingsrichtlijnen voorzien. Het motief om van die mogelijkheid gebruik te maken zal zeker in de eerste plaats gelegen zijn in bevordering van een goede uitvoering van de opdracht tegen de overeengekomen prijs (een sterk verliesgevende inschrijving wordt geacht niet bevorderlijk te zijn voor een goede uitvoering), maar deze regel heeft natuurlijk ook gevolgen voor het prijsniveau bij openbare aanbestedingen. De Nederlandse overheid heeft vooralsnog geen belangstelling getoond voor dit instrument.

Toch zijn tal van (pre)contractuele voorzieningen denkbaar, die tot een betere relatie tussen opdrachtgever en aannemer zullen leiden.

Een voorbeeld is de mogelijkheid om een inschrijving op een aanbesteed bestek te voorzien van voorwaarden, of daarvoor alternatieven aan te dragen, bijvoorbeeld ten aanzien van de risicoverdeling of de uitvoeringstermijn. Die mogelijkheden zijn bij

overheidsopdrachten op dit moment meestal uitgesloten of zeer beperkt, hetgeen een goede afstemming van vraag en aanbod verhindert. Met name de overheid dicteert aldus eenzijdig de inhoud van de overeenkomsten onder het motto 'slikken of stikken'.

In het verlengde van de op grotere openheid gerichte auditbepalingen zou ook vaker gebruikgemaakt kunnen worden van bepalingen waarbij beide partijen meer gelijke belangen krijgen, bijvoorbeeld winst- en risicoverdelingsclausules zoals in alliantiecontracten, die gebaseerd zijn op een minder antagonistische verhouding tussen partijen.

Een betere aansluiting van vraag en aanbod op contractueel niveau zal aldus bijdragen aan een betere verhouding tussen aannemers en opdrachtgevers. Ik teken daar direct bij aan dat daarna nog voldoende conflictstof resteert om een weerbarstige relatie te garanderen; aanneming van werk is en blijft spannender dan de meeste andere contractvormen.

Mr. R.G.T. Bleeker, advocaat Rozemond Van Ramshorst Smit

Ex libris

Hugh Beale, Arthur Hartkamp,
Heinz Koetz & Denis Tallon,
Contract Law. Cases and
Materials, Oxford: Hart
Publishing 2002, 1088 pag.

Het hier aan te kondigen en op een enkel punt te bespreken boek is het tweede deel in de, onder redactie van de Belgische hoogleraar Walter van Gerven staande, Europese reeks *Ius Commune Casebooks on the Common Law of Europe*. Evenals het eerste, aan het onrechtmatigedaadsrecht gewijde deel, beoogt dit boek, maar dan nu op het gebied van het contractenrecht, te onderzoeken of en, zo ja, in hoeverre ondanks verschil in begripsvorming, terminologie en benadering niettemin gesproken kan worden van aan het contractenrecht van de EU-lidstaten ten grondslag liggende gemeenschappelijke beginselen (*common principles*). Het boek is de uitkomst van internationaal teamwork: per onderdeel is door een groep auteurs onder leiding van de redacteuren een bepaald gebied in kaart gebracht. De daarbij gehanteerde formule (het format, om het modern te zeggen) houdt in dat aan de hand van steeds in Engelse vertaling opgenomen bronnen van nationaal recht (wetgeving en rechtspraak) wordt nagegaan hoe bepaalde concrete, met het oog op de vergelijking geselecteerde casus in een bepaald rechtstelsel worden behandeld. Een en ander mede in het licht van de Principles of European Contract Law (PECL) en de UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC). Gesproken wordt in dit verband van een functionele benadering. Hoewel rechtsvergelijking van het recht van de EU-lidstaten dus het uitgangspunt is, komt het er bij de uitwerking op neer dat gekozen is voor een algemene systeemvergelijking

van het Duitse, Engelse en Franse recht met daar waar dit nuttig of nodig wordt geacht een uitweiding over ander nationaal recht. Dat is bijvoorbeeld het geval met het Nederlandse recht op het punt van de precontractuele goede trouw en de wilsgebreken dwang en misbruik van omstandigheden (waaraan niet vreemd zal zijn dat deze onderwerpen zijn behandeld door de Nederlandse auteurs Hesselink en Van Kooten). Maar ook blijkt meer in het algemeen bij verschillende onderwerpen de Nederlandse regeling van het overeenkomstenrecht in het BW van 1992 in de beschouwing te worden betrokken.

Bij de bespreking van de desbetreffende materie wordt in het algemeen een patroon gevolgd dat voorziet in een introductie gevolgd door wetgeving en/of rechtspraak met meestal per uitspraak een al dan niet rechtsvergelijkend commentaar en soms ook een afsluitend, meer algemeen commentaar.

Het boek is primair bedoeld voor gebruik in het Europese universitaire juridische onderwijs 'in order to facilitate the impact of European supranational legal systems on the development of national laws and vice-versa'.

Verdeeld over zeven hoofdstukken komen zo de volgende onderwerpen aan de orde: 1) Introduction, 2) Formation, 3) Invalidity, 4) Interpretation and Contents, 5) Supervening events, 6) Remedies, en 7) Third party consequences.

Hoewel het boek – zoals gezegd – dus primair is bedoeld als leermiddel in het academische onderwijs is naar mijn mening signalering ook in een vooral op de juridische beroepspraktijk gericht tijdschrift op zijn plaats. In feite acht ik het boek zelfs meer geschikt voor gebruik in de praktijk dan in het onderwijs. Ik licht dat toe.

Het toenemende internationale handelsverkeer en de in dat verband telkens te beantwoorden vraag van het op de overeenkomst toepasselijke recht maken het zeer wenselijk om te kunnen beschikken over een soort vademecum waarmee aan de hand van authentieke materialen uit een bepaald rechtsgebied, in dit geval de EU, een indruk kan worden gevormd over de consequenties van een keuze voor het ene of het andere nationale recht. Ik geef als voorbeeld de *Walford v. Miles*-zaak waarin de House of Lords heeft uitgesproken dat er naar Engels recht niet zoiets bestaat als een verplichting tot te goeder

trouw onderhandelen (p. 241 e.v.). Dat is uiteraard vitale wetenschap voor contractsonderhandelaars die met de vraag worden geconfronteerd of op het te sluiten contract Engels of Nederlands recht (dat, zoals bekend, de tegenovergestelde regel volgt) van toepassing zal zijn. Let wel: ik beveel hier niet aan om aan de hand van het besproken boek in concrete gevallen als Nederlands contractsjurist over buitenlands recht te adviseren. Integendeel, inschakeling van desbetreffende buitenlandse expertise blijft natuurlijk aangewezen. Maar dit boek is wel een goed hulpmiddel voor de Nederlandse contractsjurist om het gesprek met zijn buitenlandse deskundige op niveau en naar behoren te kunnen voeren. Daarbij past wel tweërlei caveat. In de eerste plaats moet men zich goed realiseren dat de vertaling van alle authentieke materialen in het Engels de juridische couleur locale wegneemt. Voor raadpleging van de grondteksten moet dus weer op de *native expert* worden teruggevallen. In de tweede plaats vereist de in het algemeen door de auteurs toegepaste simultane rechtsvergelijking een behoorlijke kennis van het eigen en een basale kennis van het besproken buitenlandse recht.

In de voorliggende vorm en voor het aangegeven doel is het boek dus naar mijn mening zeer geschikt. Dit ondanks het feit dat het onderliggende *organizing principle* van het boek niet duidelijk is en, als het er al is, in elk geval verre van consequent door de verschillende auteurs wordt toegepast. Zo is niet steeds duidelijk waarom op een bepaald punt wel of geen commentaar is opgenomen, wat de lezer onzeker en ook kregelig maakt, omdat hij niet weet wat hij te verwachten heeft.

Het is ook vooral deze gebruikersonvriendelijke 'raadpleegbaarheid' die het boek mijns inziens niet erg geschikt maakt voor gebruik in het onderwijs nu daar steeds vaker 'studeerbaarheid' als vereiste geldt. Dit boek is niet gemakkelijk te bestuderen door de vrij grote ontoegankelijkheid ervan. Die ontoegankelijkheid klemmt temeer nu algemene overzichten van de besproken onderwerpen ontbreken. Wat dat betreft, voldoet naar mijn mening een boek zoals dat van Heinz Koetz & Axel Flessner, *European Contract Law I* (London: Clarendon Press 1997) veel beter.

Prof. mr. F.W. Grosheide